

# RESPONSABILIDAD POR ORGANIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL

**Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación**

**Javier Camilo Sessano Goenaga**

*Investigador posdoctoral en Derecho Penal. Universidad de Murcia*

[csessano@um.es](mailto:csessano@um.es)

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-03, p. 08:1-03:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 08-03 (2006), 20 ene]

**RESUMEN:** En el presente trabajo, el autor expone la plausibilidad de una teoría complementaria a aquella que considera de manera exclusiva que el delito consiste únicamente en la lesión de un bien jurídico. El estudio argumenta la tesis de que la

división propuesta por Günther Jakobs entre la responsabilidad por organización y la responsabilidad institucional, responde de una manera más científica a la realidad normativa actual.

**PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad por organización, responsabilidad institucional, delitos de infracción de deber, relación positiva y negativa con el bien jurídico, estatus, roles, delito de falso testimonio, delito de incomparecencia ante comisiones parlamentarias de investigación.

Fecha de recepción: 1 septiembre 2005

Fecha versión definitiva: 21 noviembre 2005

Fecha de publicación: 20 enero 2006

**SUMARIO:** *Introducción. I. Deberes negativos, deberes positivos. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Planteamiento de la cuestión. II. Deberes negativos y responsabilidad en virtud de organización. III. Deberes positivos y delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional.*

## Introducción

Partiendo de la base de que describir no implica necesariamente “legitimar”, en las páginas siguientes se trata de exponer cómo, desde la observación de la realidad normativa vigente, los fundamentos para la imputación delictiva no se limitan exclusi-

vamente a la lesión de un bien jurídico (relación *negativa* con el bien), sino que, en multitud de figuras delictivas la relación del autor con el bien aparece como *positiva*, y el delito consistirá en estos supuestos en una falta de cooperación con el bien, o incluso en la no creación o el posibilitar el mismo mediante las conductas prescritas por la norma penal<sup>1</sup>.

Para exponer la teoría con el apoyo de un ejemplo práctico de aplicación interpretativa he utilizado los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante Comisiones parlamentarias de investigación, como exponentes de delitos de infracción de deber, de responsabilidad institucional y de relación positiva del autor con el bien. No pretendo sin embargo profundizar en tales figuras delictivas, sino tan sólo basarme en ellas como un ejemplo, entre otros muchos en nuestro Código penal, de delitos de infracción de deber. La aproximación dogmática en que consiste este estudio, lo es pues a una teoría de la Parte General del derecho penal (con una evidente repercusión en los análisis de Parte especial), y por ello las referencias al falso testimonio y a la desobediencia sirven simplemente para ilustrar la aplicabilidad de la distinción.

## I. Deberes negativos, deberes positivos. Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Planteamiento de la cuestión

JAKOBS ha realizado una distinción entre *responsabilidad en virtud de organización* (responsabilidad basada en deberes generales) y *responsabilidad en virtud de competencia institucional*<sup>2</sup> (responsabilidad fundamentada en deberes especiales), para

<sup>1</sup> Sobre la base de esta premisa, podría afirmarse que el concepto de delito como lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico, ni explica ni resuelve satisfactoriamente la interpretación de la totalidad de los tipos delictivos existentes en el código penal español. Por lo tanto, la pretensión de seguir manteniendo la definición omnicompreensiva de delito como lesión de un bien jurídico (relación con el bien puramente *negativa*) resultaría ser un elemento inexacto y por ello no científico, o al menos cuya validez quedaría negada por la realidad normativa.

<sup>2</sup> Vid., por ejemplo: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, 1995, ya en el Prólogo, p. X; posteriormente, cit., 1/6, 1/7, 1/8, 2/16, 2/17, 2/18, 7/56 y ss., 7/70 y ss., 7/78, 21/2 y ss., 21/16, 21/115 y ss., 25/43 y ss., 21/116, 28/14 y ss., 29/29 y ss., 29/57 y ss., 29/101 y ss., 29/106 y ss.; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Bogotá, 2001, pp. 11 y ss.; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Peñaranda Ramos (trad.), Bogotá, 1994, pp. 11 y ss., y pp. 42 y ss.; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", Sánchez-Vera (trad.), en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 131-134, pp. 135 y ss., y pp. 142 y ss.; JAKOBS, "La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación", Polaino Navarrete (trad.), en *Revista de Ciencias Penales*, n. 6, 2000, pp. 103 y ss.; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Madrid, 1996, pp. 101 y ss.; Vid., también LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trad.), Bogotá, 1995, pp. 67 y ss., y pp. 107 y ss.; RAMOS TAPIA, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 136 y ss.; JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Cancio Meliá/Feijóo Sánchez (trads.), Madrid, 2003, pp. 27 y ss. En profundidad, y desarrollando las aportaciones de JAKOBS, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, pp. 37 y ss., pp. 83 y ss., y pp. 93 y ss. Incluso SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", Sacher (trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 649-650, en un artículo sumamente crítico con Jakobs, expone que Jakobs estableció dos causas de imputación válidas del mismo modo para el hacer como para el omitir: la competencia por organización y la competencia institucional. Y Schünemann afirma que ante estos nuevos conceptos tiende a adoptar una actitud protectora del manual de Jakobs con porciones altamente considerables de una dogmática que considera la realidad jurídica de un modo sumamente creativo. Sobre la distinción efectuada por Jakobs, vid. también BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid,

analizar la aplicabilidad de tal distinción<sup>3</sup> utilizaré, a modo de ejemplo, los delitos de incomparecencia<sup>4</sup> y de inveracidad<sup>5</sup> ante Comisiones parlamentarias de investigación<sup>6</sup>; ambas figuras, representativas de la responsabilidad institucional.

El primer fundamento de la responsabilidad es la lesión de los límites *generales* de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo<sup>7</sup>. Pero los seres humanos viven, en la medida en que lo hagan en sociedad, en un mundo *socialmente configurado* de una determinada manera; y tienen un *status* especial<sup>8</sup>, como testigo llamado ante una Comisión de investigación, como funcionario, como médico o como padre, que viene definido<sup>9</sup> por un haz de derechos y *deberes*<sup>10</sup> (como por ejemplo, el *deber* de comparecencia y el *deber* de veracidad, en el caso de personas requeridas ante una Comisión de encuesta parlamentaria). El segundo fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por ese *status especial*<sup>11</sup>. Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal<sup>12</sup>.

El *status general* configura por tanto la competencia por organización; a cada uno compete, en virtud de su *status general*, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que, en el contacto con una organización ajena, la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido. Todos tienen que

1997, pp. 164 y ss., para la imputación en los delitos de actividad, y pp. 405 y ss., en el ámbito de la imputación en los delitos de omisión. Sobre los deberes negativos y los deberes positivos, vid., ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 27-153.

<sup>3</sup> PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, 1999, p. 50, afirman que en muchos aspectos resulta fructífera la distinción de Jakobs entre delitos en virtud de una competencia por organización (delitos de dominio en una terminología más usual en Alemania) y los delitos en virtud de una competencia institucional (delitos especiales, o de deber especial, en esa misma terminología).

<sup>4</sup> El artículo 502.1 del Código penal español establece que: "Los que habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia".

<sup>5</sup> El artículo 502.3 del Código penal español dispone que será castigado: "El que convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio".

<sup>6</sup> En opinión de LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 72, en principio todos los delitos pueden ser llevados a cabo como delitos de infracción de deber o como delitos de organización.

<sup>7</sup> Cfr. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (trads.), Madrid, 1997, p. 347.

<sup>8</sup> Cfr. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 348, estos límites designan el ámbito del derecho de configuración; más allá de ellos se encuentra el ámbito del deber de evitar la configuración. Las reglas sobre la configuración del mundo exterior designan, por tanto, el *status general* de cualquier miembro de la sociedad, el rol de todos en contraposición con el rol especial del titular de un *status específico*.

<sup>9</sup> Vid., por ejemplo, RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Madrid, 1944, expresando que no puede pensarse orden jurídico alguno que no pueda descomponerse en relaciones jurídicas, en derechos y deberes.

<sup>10</sup> La relación institucional se encuentra definida por un haz de deberes, entre los que se encuentran también los deberes de organización, cfr., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 71.

<sup>11</sup> Cfr. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 348; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", Rey Sanfiz/Sánchez-Vera (trads.), en *Cuadernos de Política Criminal*, 2001, p. 278, p. 280, y pp. 285 y ss. Sobre la distinción propuesta, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37-38, observa que, del mismo modo que Roxin diferencia, esencialmente entre dos categorías de delitos - los de dominio y los de infracción de deber -, Jakobs establece también una clasificación bifronte de los delitos; a saber, en "delitos de dominio" también por él llamados "en virtud de una organización", y en "delitos de infracción de deber".

<sup>12</sup> Sobre ello vid., SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en el *Estudio preliminar* que realizan al libro de Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Madrid, 1996, p. 87.

asegurar su propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel de lo permitido. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene *como mínimo* el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona<sup>13</sup>. No existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán<sup>14</sup>.

JAKOBS pone de relieve que la situación es distinta en las así llamadas *relaciones positivas*: éstas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una Institución del Estado. Por ello existe una diferencia entre los deberes que competen a *todos* en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano, y los deberes especiales en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un *status* especial<sup>15</sup>. La infracción de los deberes derivados de un *status* especial, dará lugar a los delitos de infracción de deber<sup>16</sup>.

Puede observarse, en relación con el bien jurídico, que tanto las normas que imponen a un sujeto la obligación de evitar una extensión de la propia esfera de organización a costa de los ámbitos organizativos de otros, y que plantean por tanto, una relación puramente negativa entre el sujeto y el bien jurídico (*neminem laedere*), como aquellas que obligan por el contrario a la "conexión de esferas vitales" o a la "configuración de un mundo parcialmente en común", y con ello a prestaciones positivas para la subsistencia o la producción de bienes jurídicos, contienen con carácter general, una referencia a un estado de cosas (presente o futuro) que se define por la existencia de un bien jurídico<sup>17</sup>. En general, pues, existen dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante el establecimiento de condiciones que constituyen un aporte más o menos importante al hecho delictivo (delitos comunes, o de dominio del hecho, o en virtud de responsabilidad por organización); o bien por estar unido con un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga

<sup>13</sup> Vid., JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 349; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., p. 277; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", p. 131; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., p. 11, observa que todo delito, sea un delito de comisión o de omisión, defrauda una expectativa jurídicamente garantizada. En cuanto al contenido de la expectativa, [...] frente a cualquier persona existe la expectativa de organizarse de tal manera que su propio círculo de organización no produzca daños para los círculos de otras personas.

<sup>14</sup> Cfr. JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., p. 12.

<sup>15</sup> Cfr. JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., p. 13. Por otro lado, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Estudio preliminar*, al libro de Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 86-87, observan que esta diferenciación no coincide con la subdivisión tradicional entre delitos de omisión y de comisión, ya que ambas categorías abarcan tanto delitos de comportamiento activo como de comportamiento pasivo.

<sup>16</sup> La construcción dogmática de los "delitos de infracción de deber" (*pflichtdelikte*) se debe en su origen a ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, 1998 (aunque la primera edición alemana es de 1963), pp. 383 y ss., y pp. 700 y ss.; ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Muñoz Conde (trad.), Barcelona, 1972, pp. 43-53; Ha sido retomada y ampliada por JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, cit., 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/15, 29/106; en la doctrina española vid., las recientes aportaciones de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 27-153, y pp. 275 y ss.

<sup>17</sup> Vid., sobre ello, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal*, cit., p. 50; los autores afirman y desarrollan la idea (que comparto) de que el concepto de bien jurídico no es para nada un criterio ajeno ni externo a las construcciones dogmáticas de Jakobs, y que por tanto, la posición de Jakobs no se distingue materialmente de la doctrina dominante más que en algunos matices conceptuales, vid. pp. 50 y ss.

a su cuidado y a su fomento, esto es, mediante un deber especial<sup>18</sup> (delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional).

En el primer supuesto, en los delitos de dominio, *es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y a la víctima; si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos*. En el segundo de los supuestos - en los delitos de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional -, en cambio, *bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una relación institucional positiva (de fomento y ayuda), con anterioridad al hecho delictivo*<sup>19</sup>. En el caso de los delitos de incomparecencia y falso testimonio ante Comisiones de investigación estamos precisamente ante este segundo supuesto, en el que el sujeto se encuentra vinculado (incluso a su pesar) de una forma positiva, con una institución con la que debe cooperar. Existe un deber positivo de contribuir al bien jurídico, este deber positivo de colaboración con la Comisión parlamentaria de investigación obliga a quien es requerido, a ayudar y fomentar el bien, mediante su comparecencia y su declaración veraz. La situación inicial en que se halla la Comisión de investigación: de previa "ignorancia" o "desconocimiento"<sup>20</sup> de unos hechos que deben ser esclarecidos, es decir, una situación inicial de peligro o propicia para ser dañada, no ha sido producida ni empeorada por quien todavía no ha comparecido y todavía no ha dicho la verdad. La Comisión parlamentaria de investigación, en la configuración inicial de sus trabajos, es una institución positiva necesitada de ayuda para desarrollar su propia función, por ello incorpora al obligado a la institución. Esa necesidad de ayuda es la que hace surgir ambas figuras delictivas, y esa falta de ayuda (infracción de un deber positivo) es la que fundamenta la responsabilidad<sup>21</sup>.

## II. Deberes negativos y responsabilidad en virtud de organización

1. Como sostiene JAKOBS, la persona, contemplada desde un punto de vista normativo, es la unidad ideal de derechos y deberes<sup>22</sup>. Los deberes a su vez pueden distin-

<sup>18</sup> Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n.3, 1999, p. 11.

<sup>19</sup> Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", cit., p. 11; vid. también JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/16 y ss; JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, cit., p. 278, quien expone que en los deberes negativos, se trata de una situación de empeoramiento producida por el autor; si no existiera el autor no le amenazaría ningún daño a la víctima. Por el contrario, en los deberes positivos, el autor debe compensar además una situación propicia para la causación de daños existente con independencia de su comportamiento; aunque no existiese el autor, la víctima seguiría necesitando de igual manera ayuda.

<sup>20</sup> Es precisamente esa situación la que fundamenta la necesidad de crear una Comisión parlamentaria de investigación, unida a un interés público por aclarar determinados hechos.

<sup>21</sup> No digo que las cosas *deban ser* así, sino que *son* de esa forma. Que las figuras delictivas se construyan de esta manera, y que así se analicen, no excluye, que también pueda ser puesta en duda la necesidad de acudir a la vía penal para sancionar determinado tipo de conductas no-colaboradoras, con determinado tipo de instituciones.

<sup>22</sup> Vid., por ejemplo, JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", Cancio Meliá (trad.), texto entregado en *I Jornadas interuniversitarias sobre nuevos retos del Derecho penal. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, Universidad de Alicante, 7/8 de Noviembre de 2002, p. 9 (texto también disponible en JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Cancio Meliá/Feijoo Sánchez (trads.), pp. 15 y ss.). Posteriormente puede verse una afirmación muy similar en JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, en el cap. II, "Personalidad y exclusión en derecho penal"

guirse en positivos<sup>23</sup> y negativos<sup>24</sup>. Los deberes positivos serían deberes especiales que sólo atañen a grupos específicos de personas, y los deberes negativos serían deberes más generales que incumben a todos. El mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros; la destrucción de cuerpos o cosas sólo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica. De lo contrario sería un mero suceso natural<sup>25</sup>. Las personas pueden conformar (organizar) el mundo, pero con todo viven en un mundo ya conformado (en un mundo con instituciones) en el que existen expectativas normativas estables. Existe en general y es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros<sup>26</sup>. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: Los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de responsabilidad por organización<sup>27</sup>.

La libertad de organización interna que le compete a toda persona responsable, está

Manso Porto (trad.), Madrid, 2004, pp. 51-52: "en otras palabras, personas son destinatarios de derechos y deberes y . [...] está excluido del ámbito de las personas aquél que no puede "disfrutar" de ningún derecho ni soportar ningún deber."

<sup>23</sup> En el ámbito penal, deberes positivos de colaboración - con el bien o institución - son, por ejemplo, los deberes de: socorrer a las personas heridas, pagar impuestos, colaborar con la administración de justicia, denunciar la comisión de delitos, dictar sentencias justas, comparecer ante las Comisiones de investigación, y un largo etcétera

<sup>24</sup> Siempre en la esfera estrictamente penal, deberes negativos de no injerencia en esferas ajenas consisten, por ejemplo en: no matar, no lesionar, no robar, no agredir sexualmente, y otro largo etcétera.

<sup>25</sup> Vid., por ejemplo, JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., pp. 9-10, explicando cómo la propiedad puede ser conceptualizada como una *relación negativa*, como el derecho a no ser perturbado por los demás. Partiendo sólo de la propiedad, los demás no están obligados a ayudarme en su administración, por ejemplo, protegiéndola cuando yo no estoy en condiciones de hacerlo. Lo único a lo que están obligados los demás es a no perturbarme, es decir, no deben lesionar mi cuerpo, no privarme de mi propiedad material, no dañarla, etc.

<sup>26</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general* cit., 1/7; JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 33-34. Aunque ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I: *Normen und Strafgesetze*, 3ª ed., Leipzig, 1916, p. 54, afirmaba que consideradas desde el punto de vista del Estado las normas son un medio para asegurar bienes jurídicos frente a ataques futuros de personas responsables. Por esta razón, estos bienes son declarados inviolables y se formula la exigencia a las personas de *organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio*. Este concepto definido por BINDING es ciertamente parecido a la responsabilidad por organización esgrimida por JAKOBS. Sólo que para Binding la organización (defectuosa o perjudicial para otros círculos organizativos) fundamentaba la responsabilidad en cualquier tipo de delitos, y para Jakobs sólo es un criterio válido para determinadas figuras delictivas, y en todo caso no para los delitos que consisten en la infracción de un deber especial.

<sup>27</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/7. Sobre la responsabilidad en virtud de organización vid.: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/7, 2/16 y ss., 7/56, 21/16 y ss., 28/14 y ss., 29/29 y ss., y 29/101 y ss; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., pp. 14 y ss; JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, cit., pp. 279 y ss; JAKOBS, "La omisión, estado de la cuestión", cit., pp. 135 y ss; JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 348 y ss; JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 31 y ss; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 67 y ss. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 22, razonando sobre el discurso de Feuerbach (*neminem laede*), afirma que: "La estructura de las relaciones interindividuales en la sociedad burguesa se construye de forma tal, que cada sujeto - en vía originaria - carece de toda relación jurídica con sus semejantes, salvo aquella - puramente negativa - conectada a la pretensión de "no interferencia" de la propia posición; por ello, la conducta agresiva que realiza el ilícito penal se presenta como una inmediata y directa violación del sistema de reglas que le es connatural, de un modo originario a toda sociedad."



sujeta a una contraprestación (*synallagma*): la persona tiene que cuidar de que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos. Si no cumple este deber, no puede reclamar libertad alguna<sup>28</sup>. Como formula LESCH, una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse, asume con ello siempre, también la *propia* responsabilidad de las consecuencias de una administración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad<sup>29</sup>.

2. Los deberes negativos son pues los resultantes del nexo libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias de la organización defectuosa, se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un *rol común*<sup>30</sup>. Sin este sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias<sup>31</sup> sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello cada persona es garante de la inocuidad de su conducta<sup>32</sup>. La institución negativa fundamental<sup>33</sup> es la institución

<sup>28</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 25/21. Como plantea LESCH, *La función de la pena*, Sánchez-Vera (trad.), Madrid, 1999, p. 16, quien reclama para sí un ámbito de libertad (un círculo de organización), asume con ello, a la vez, la responsabilidad por las consecuencias que traiga consigo ese ámbito que se administra de manera propia y cerrada a los demás, esto es, existe una relación sinalagmática entre la administración propia y la responsabilidad personal, entre libertad y culpabilidad jurídico-penal, puesto que la libertad sin responsabilidad no es realmente verdadera libertad *personal*, sino mero arbitrio *subjetivo*. Quien pone en duda esa relación sinalagmática se comporta de forma contradictoria y no racional.

<sup>29</sup> Vid., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 32, para quien, libertad sin responsabilidad no es libertad *personal* sino pura arbitrariedad. GÜNTHER, "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho penal?", Silva Sánchez (trad.), en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 492, razonando sobre las aportaciones de Feuerbach, explica el sinalagma entre derechos y deberes surgidos del contrato social, de la siguiente manera: "El derecho de A, a la libertad subjetiva obliga a B, a omitir injerencias en la libertad de A; el derecho de B, a la libertad subjetiva obliga a A, a omitir injerencias en la libertad de B. El contrato social da lugar únicamente a que la libertad de A y la libertad de B sean determinadas jurídicamente según los mismos puntos de vista, y a que B sólo esté obligado a omitir injerencias en la libertad de A en tanto en cuanto A se abstiene de injerirse en la libertad de B."

<sup>30</sup> Ampliamente vid., LESCH, *Ob. cit.*, pp. 67 y ss.

<sup>31</sup> Esta concepción de la responsabilidad está en relación con la teoría de la pena en Hegel, así, señala LESCH, *Ob. cit.*, p. 32, que en la teoría de la pena de Hegel, el delincuente no es considerado como un animal, un enfermo mental, o como un ser diferente, sino como ser racional, como igual, como persona libre y responsable, a la que se le reconoce su derecho a conformar el mundo según su voluntad. En efecto sólo entonces el delincuente puede ser tratado como un sujeto, al que se le otorga competencia de contraponer al derecho su propio esbozo individual del mundo, esto es, a desautorizar la vigencia de una norma y con ello, a la vez, a formular una ley, bajo la cuál él mismo puede ser subsumido. El delincuente es pues tomado en serio como persona, lo cuál significa que: la *responsabilidad* por las consecuencias es, necesariamente, la otra cara de la moneda que supone la *libertad* de poder organizar.

<sup>32</sup> Así, JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., pp. 15-16, manifestando que de lo acabado de decir, en primer lugar, deriva de manera casi evidente la posición de garantía respecto del propio actuar: todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de una arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona. Vid., también JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", p. 10, quien, a partir de la relación negativa constata que no existe diferencia entre la acción y la omisión en el ámbito penal, así, JAKOBS afirma que si excluyo a otros de la organización de mis derechos, y además no debo, por mi parte, perturbar las organizaciones de esos otros sujetos, he de estar obligado a organizar de tal modo que de mi ámbito no partan perturbaciones por mi actividad o *también sin que yo actúe*. Para JAKOBS, en mi ámbito de organización, sólo a mí mismo me puede incumbir la supresión de un *output* lesivo en mi propio ámbito; y esto significa que toda la diferenciación, de apariencia compleja, entre comisión y omisión, en el ámbito de los deberes negativos demuestra ser un detalle de técnica de administración: mi ámbito de organización no debe tener un *output* que lesione a otros, dicho a modo de ejemplo, JAKOBS plantea lo siguiente: No debo arrollar a nadie al conducir un automóvil; cómo se produzca ese *output*, sea por acelerar en un momento inadecuado (hacer), o por no frenar en el momento

que en Derecho romano se rubricó bajo el nombre de *neminem laede*, y que consiste sencillamente en no dañar a los demás. Como expone SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, a ella es, en realidad, a la que FEUERBACH<sup>34</sup> se estaba refiriendo cuando sostenía que la obligación originaria del ciudadano era tan sólo la de abstenerse<sup>35</sup>. Para JAKOBS<sup>36</sup>, la “obligación originaria” tiene como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización – de la forma que sea – en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición “no dañes”, aparece pues un mandato cuyo enunciado es: “elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización”<sup>37</sup>. También BACIGALUPO ha definido el principio *neminem laedere*, como aquél principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás<sup>38</sup>. No obstante, en el actual Estado social y democrático de derecho, y de la manera en que está conformada la sociedad, no sólo existen, para las personas, deberes negativos y una responsabilidad genérica de no dañar a *alter*, sino que además existen deberes positivos que implican la necesidad de conductas colaboradoras para edificar un mundo en común, y cuya vulneración dará lugar a los delitos de infracción de deber, o en virtud de responsabilidad institucional.

### III. Deberes positivos y delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional

1. Junto al ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales<sup>38</sup>, se trata de deberes de establecer un mundo en común - al

adecuado (omitir), *es sencillamente indiferente*. Sobre este tema vid., en detalle, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* cit., pp. 347 y ss.

<sup>33</sup> Sintéticamente, realiza una clara exposición, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Reflexiones acerca del delito de omisión del socorro debido”, en *Cuadernos de Política Criminal* n. 78, 2002, pp. 590-591.

<sup>34</sup> Para una perspectiva sobre la “obligación originaria” en Feuerbach, vid., GÜNTHER, “De la vulneración de un Derecho a la infracción de un deber...”, cit., pp. 489-493; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 3 y ss., expone la distinción entre deberes negativos y deberes positivos.

<sup>35</sup> Ampliamente sobre el contenido de la institución negativa *neminem laede*, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 83 y ss; Para una visión del *neminem laedere* como tutela jurídico-penal de un “mínimo ético” desde la perspectiva de Welzel, y como ejemplo de la relativa dependencia entre derecho y moral, vid. POLAINO NAVARRETE, “Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 124 y ss; vid. críticas de POLAINO a la función del Derecho penal como protección del mínimo ético como tal, en pp. 132 y ss.

<sup>36</sup> Cfr., JAKOBS, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, Sánchez-Vera (trad.), en JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, 2004, p. 118.

<sup>37</sup> Vid., BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 406, tomando como base la distinción propuesta por Jakobs entre delitos de organización y delitos de infracción de deber.

<sup>38</sup> Sobre los delitos con infracción de un deber especial en virtud de competencia institucional, vid.: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 1/7, 2/16, 7/70, 21/2, 21/115 y ss., 25/45 y ss., 28/15, 28/16, 29/57 y ss., 29/74 y ss, 29/106, 29/107; JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 49 y ss; JAKOBS, “La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal”, cit., pp. 11-12; JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 362 y ss; JAKOBS, *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, p. 46; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., pp. 12-



menos parcialmente - con un beneficiario<sup>39</sup>; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un *status* especial<sup>40</sup>: un médico, un juez, un funcionario, un testigo llamado ante una Comisión de investigación, etc. La decepción de la expectativa, la infracción de esos deberes positivos, da lugar a los denominados delitos de infracción de deber. En los delitos de infracción de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de la libertad ajena, al menos no lo es *per se*, sino la falta de cuidado por una - en el caso del falso testimonio y la incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación - institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar la situación<sup>41</sup>. La institución negativa, igual que en el Derecho abstracto de Hegel, dispone lo que *no* debe ser hecho, pero no lo que en su lugar se debe hacer. Las instituciones positivas, en cambio disponen lo que debe ser hecho<sup>42</sup>.

2. La división propuesta, y en concreto la fundamentación dogmática de los delitos de infracción de deber, tiene su origen en la propia realidad social y en su correlativo traslado a la realidad normativa. Así, ROXIN, el fundador de la categoría dogmática de

13; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, cit., pp. 42 y ss; JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", pp. 285 y ss; JAKOBS, "La omisión, estado de la cuestión", cit., pp. 142 y ss; JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., pp. 61 y ss., y pp. 123 y ss.; JAKOBS, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", Sánchez-Vera (trad.) en JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, 2004, pp. 88-89; PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal*, cit., pp. 49-50; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37 y ss., pp. 93 y ss., y pp. 115 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general", cit., pp. 11 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, pp. 54 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, pp. 347 y ss; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Reflexiones acerca del delito de omisión del socorro debido", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 78, 2002, pp. 591 y ss; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., pp. 69 y ss., y pp. 107 y ss; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 408 y ss; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001, pp. 86 y ss;

<sup>39</sup> Vid., JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., pp. 285-286; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., p. 142.

<sup>40</sup> Vid., JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 363; JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, cit., p. 13; JAKOBS, "La omisión, estado de la cuestión", cit., pp. 150; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, p. 42; JAKOBS, "Acción y omisión en el Derecho penal", cit., p. 290; LESCH, *participación delictiva e imputación objetiva*, p. 107; PERDOMO TORRES, *la problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., p. 87, infiere que el hecho de que en estas instituciones el individuo sea portador de un estatus especial (como servidor público, como testigo requerido por una Comisión de investigación...), lleva a que los deberes sean definidos, precisamente a través de los roles que deben ser ejecutados por los participantes en estas relaciones especiales.

<sup>41</sup> Vid., JAKOBS, "La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", Cancio Meliá (trad.), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 641.

<sup>42</sup> Vid., al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 115-116.

los delitos de infracción de deber<sup>43</sup>, afirma que el punto de partida normativo pone ante los ojos, con sorprendente claridad, la realidad social que sirve de base a todas las distinciones dogmáticas<sup>44</sup>. Para ROXIN, en los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente, y cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida (este es justamente el supuesto de las Comisiones de encuesta parlamentarias); al contrario, en los delitos de acción, el autor penetra desde fuera poniendo en peligro la paz en ámbitos que por imperativo del Derecho, debería haber dejado intactos<sup>45</sup>. El propio ROXIN reconoce que esta diferencia, materialmente fundamentada, tiene además consecuencias dogmáticas que no han sido reconocidas de un modo suficientemente claro.

La distinción entre los delitos de organización y los de infracción de deber se encuentra en la realidad; esa distinción normativa entre ellos es un material al que se accede mediante la observación y el análisis de la propia conformación de la sociedad, y de múltiples figuras delictivas de la Parte especial. La realidad normativa, el *sistema* y el *problema* son los elementos con los que debe trabajar la dogmática. Como señala GIMBERNAT, el fin de la dogmática jurídico-penal es el de aprehender conceptualmente el contenido y la estructura de los preceptos penales y el de colocar los distintos conceptos logrados en un sistema científico lógicamente irreprochable. Es más, precisamente el hecho de que la dogmática jurídica proceda sistemáticamente es lo que hace de ella una ciencia, pero a ello debe añadirse el pensar problemático, la tópica como una técnica del pensamiento problemático<sup>46</sup>.

Resumiendo la posición de GIMBERNAT: la dogmática jurídica debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente, pero para el autor el punto crucial es por dónde se empieza<sup>47</sup>. Tomando como base conceptual los razonamientos de GIMBERNAT, puede emitirse la siguiente observación: La teoría del delito como (exclusiva) lesión de un bien jurídico, no empieza por el problema, sino por el sistema. Antes de haber tomado contacto con la realidad jurídico-penal ha decidido ya que todo delito consiste únicamente en la lesión objetiva de un bien jurídico, ha construido el principio de ofensividad y ha establecido un sistema axiomático deductivo; esto es, una serie de reglas fundamentales (axiomas) de las cuáles, y mediante deducción va a establecer todo lo demás. Sin embargo este mecanismo se construye sin tener en cuenta la vigencia en la actualidad (y por "actualidad" entiendo un Estado *social* y democrático de derecho, con amplios sectores de tecnificación y con relaciones cada vez más complejas) de multitud de figuras delictivas caracterizadas por la infracción de deberes especiales y específicos, cuyo fundamento no reside tanto en la lesión de un bien, como en la no-contribución al mismo, y en el no cumplimiento del rol específico atribuido en el

<sup>43</sup> Vid., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pp. 383 y ss., y pp. 700 y ss.; ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., pp. 43-53.

<sup>44</sup> Cfr., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 44.

<sup>45</sup> Vid., ROXIN, *Ob. cit.*, pp. 44-45.

<sup>46</sup> Vid., GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 102 y ss. En parecido sentido vid., MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 179 y ss. Para la importancia del pensamiento problemático vid., VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Díez-Picazo Ponce de León (trad.), Madrid, 1986, *passim*.

<sup>47</sup> Cfr., GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, cit., p. 106.

ámbito de la institución positiva. Estamos pues ante un problema: la inmensa distancia que separa determinadas construcciones dogmáticas y la realidad normativa vigente en la que se castigan no sólo conductas lesivas sino también conductas no cooperadoras y no solidarias con el bien; y como razona GIMBERNAT, no hay ningún motivo para renunciar a llevar al sistema las consecuencias que resulten de la solución de un problema; sólo que el sistema debe permanecer siempre abierto e irse conformando según cuáles sean las soluciones que se van obteniendo de los distintos problemas<sup>48</sup>. La evolución dogmática de los delitos de infracción de deber, o en virtud de competencia institucional, no es sino reflejo de un esfuerzo por ir superando aparentes contradicciones que surgen de las soluciones de los distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema. Precisamente en esa dinámica debe enmarcarse este trabajo, como contribución a un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre como susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas<sup>49</sup>.

3. En el caso de los deberes especiales<sup>50</sup> por responsabilidad institucional debe existir, entre el autor - la persona requerida para comparecer y declarar verazmente ante una Comisión de investigación - y el bien, una relación positiva, es decir, una dedicación no necesariamente<sup>51</sup> interesada. A causa de esta comunidad<sup>52</sup> le afectan al autor expectativas/deberes especiales de comportamiento (comparecencia y declaración veraz); esta expectativa/deber no se deriva de la existencia actual de bienes jurídicos, sino de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a la institución<sup>53</sup>. En los casos de los delitos de infracción de deber, con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien (en este caso una institución estatal o autonómica denominada Comisión de investigación, que a su vez forma parte de otra institución de

<sup>48</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Ob. cit.*, *loc. cit.*

<sup>49</sup> Vid., GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, cit., pp. 106-107. Quizás un autor que haya contribuido de modo considerable al replanteamiento dogmático de problemas jurídico-penales sea Günther Jakobs, y en este sentido, PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO, *Un nuevo sistema de Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, cit., p. 114, expresan que la relevancia del pensamiento de Jakobs queda patente en la valoración que hizo Roxin en relación con la primera edición (1983) de su *Tratado de Derecho penal*: "Se trata del más audaz y más consecuente esbozo de un sistema puramente teleológico existente hasta la fecha. Con ello Jakobs no sólo ha elaborado [...] la evolución dogmática de los últimos 20 años. Su amplia obra sorprende al lector también con tal avalancha de reflexiones originales que en cierto modo anticipa ya los próximos 30 años" (Vid. ROXIN, N/JW, 1984, p. 2270).

<sup>50</sup> Para un desarrollo de los deberes positivos vid., JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., pp. 142 y ss; aunque el autor ya avisa que ante la pregunta ¿Cuáles son los deberes positivos? Hay pocas cosas que sean más controvertidas que la respuesta a esta pregunta (p. 144); vid. también JAKOBS, "Acción y omisión en Derecho penal", cit., pp. 285 y ss.

<sup>51</sup> En principio, no es lo común solicitar voluntaria e interesadamente el poder comparecer y declarar ante un Comisión de encuesta parlamentaria, pero incluso la existencia de un hipotético interés, no modifica la morfología de los deberes de comparecencia y veracidad.

<sup>52</sup> Pueden verse planteamientos similares, aunque circunscritos simplemente al ámbito del delito omisivo, en SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell' evento*, cit., p. 22, quien considera que para que pueda hablarse de responsabilidad por omisión, es necesaria una específica relación jurídica intersubjetiva. Una relación, una "causa" jurídica que cree un vínculo jurídico interpersonal y que tenga carácter positivo (distinto del "originario" negativo).

<sup>53</sup> En este sentido vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 2/17 y 7/70.

carácter superior denominada Parlamento). La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente<sup>54</sup> por medio de un estatus - el estatus de testigo compareciente - del autor en relación con el bien<sup>55</sup>. El *status* de "compareciente-testigo-declarante"<sup>56</sup>, está insertado ya en el contexto de una institución regulada, preformada y organizada (un Parlamento y una Comisión de investigación de esa cámara parlamentaria), por ello, en estos delitos la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por su estatus y por el rol que deriva de dicho *status*, y no por medio de su ámbito de organización. Del estatus

<sup>54</sup> Vid., JAKOBS, *Ob. cit.*, 29/106, quien afirma que en estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien. Vid., también JAKOBS, en JAKOBS/STRUENSEE, Sancinetti (trad.), *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires 1998, p. 46, determinando que mientras en los delitos de organización está en juego el respeto por la organización ajena, y, en este sentido, una relación negativa (¡No dañes!, o mejor: ¡Cuida que tu organización no se extienda demasiado!), en los delitos de infracción de deber se exige una comunidad con otro, y, en este sentido, una relación positiva (¡Ayuda al otro!). Se puede faltar a esta comunidad tanto por acción como por omisión.

Hay que añadir que en las instituciones positivas no se trata tan sólo de "ayudar", "colaborar", "contribuir" al desarrollo y funcionamiento del bien, sino también, lógicamente, de "no dañarlo"; en la institución positiva siempre estará tácitamente incluida la institución negativa. Como ha expresado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber*, cit., pp. 118-119, la consecuencia necesaria de una institución positiva, desde un punto de vista lógico, es que de ella se ha de deducir la prohibición de todo comportamiento que impida el acto positivo, aunque no a la inversa. Con la imposición de un deber positivo se co-impone ineludiblemente la referida "prohibición".

<sup>55</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 7/70. Las instituciones positivas prescriben: "Tienes que edificar un mundo en común con un determinado bien jurídico para su fomento y ayuda, estar a su disposición", es decir, en suma, en ellas sí hace falta que se organice algo, cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 115.

<sup>56</sup> El delito de incomparecencia, constituye un delito de infracción de deber o en virtud de responsabilidad institucional. Existe, en este delito, una forma particular de integrar al obligado en la institución, esto es, mediante un requerimiento hecho en forma legal y bajo apercibimiento; si no hay requerimiento, o bien si éste no es válido, entonces no se produce la integración del obligado en la institución, ni surge el deber positivo de comparecencia, ni se genera un especial status de testigo compareciente, del que a su vez deriva un rol especial - que obliga al cuidado solidario del bien o de la institución - , mediante el cual se crean, para la Comisión de investigación, expectativas de comparecencia y de veracidad, como concreciones de un deber de cooperación. Mediante la recepción del requerimiento, se genera un cambio de status en quien es citado a declarar: la persona requerida por una Comisión de investigación, pasa a ostentar un rol específico, del que derivan deberes personalísimos, el deber de comparecencia y el deber de veracidad, y pasa a ser un obligado especial. Es aquí donde se produce una restricción y discriminación de los posibles autores de un delito de incomparecencia: *solamente quien previamente haya sido requerido por una Comisión de investigación podrá ser sujeto activo del delito, y por tanto nos llamamos ante un delito especial*.

El delito de incomparecencia ante una Comisión parlamentaria de investigación no puede ser cometido por cualquiera, sino sólo por aquél que al haber sido requerido en forma legal y bajo apercibimiento, se encuentra en una posición sobrevenida especial de deber. El delito sólo puede ser cometido por quien ostenta una especial posición jurídica, tras haber sido integrado en la institución positiva. En el caso del artículo 502.1 CP, la posición jurídica del sujeto activo es "especial" a causa de la necesaria relación que se genera entre el agente y el requerimiento, y también a causa de la particular situación que une al sujeto con el bien jurídico, o dicho de otro modo, a causa de la integración del obligado en la institución. Como resultado de tal integración se produce un nuevo status jurídico del sujeto, del que deriva un nuevo rol, del que a su vez deriva un nuevo haz de derechos y deberes, así como un nuevo conjunto de expectativas. Y el delito de incomparecencia podrá ser cometido exclusivamente por quien tenga un deber positivo de comparecencia, pues sólo él puede defraudar la expectativa positiva atribuida a su rol (de colaboración con la institución Comisión de investigación) específico. Ampliamente sobre estas cuestiones vid. SESSANO GOENAGA "El delito de incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación como delito de "infracción de deber"; el sujeto activo de la conducta delictiva: el autor típico como obligado especial con un rol institucional", en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º., 21, 2003, pp. 283-299. También disponible en internet en: [www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales21](http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales21)

especial se derivan los deberes positivos de *comparecencia* y de *veracidad*. Ambos deberes resultan asegurados institucionalmente, y solo afectan al titular del estatus, al portador del rol (al portador de los deberes). Como expone JAKOBS: Un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas, o bien *integra a un obligado a una institución*<sup>57</sup> (el compareciente, el testigo ante una Comisión de investigación).

El autor responde de la existencia del bien (y no sólo de que la propia organización no afecte al bien menoscabándolo); el autor está obligado, en tanto que garante, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien<sup>58</sup>. Como ha señalado SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: Si se está obligado a practicar un comportamiento solidario, o se es solidario, o no se es<sup>59</sup>. El garante no responde ni como consecuencia de una configuración defectuosa de su ámbito de organización, ni por la lesión de un bien a él encomendado, sino porque él ha rehusado la producción de un mundo en común, de una relación positiva con el bien; o dicho de otra forma, porque ha lesionado su deber institucional<sup>60</sup>. Las reglas de una institución sólo las puede vulnerar como autor quien está sujeto a ellas, es decir, quien está especialmente obligado<sup>61</sup>. El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz<sup>62</sup>. El deber institucional es un deber *altamente personal*<sup>63</sup>; se contrae por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, ser requerido en forma legal y bajo apercibimiento para comparecer ante una Comisión parlamentaria de investigación; éste vínculo sólo puede ser disuelto bajo condiciones especiales, y en cualquier caso no puede ser transferido, siendo la comparecencia y la prestación de testimonio actos/deberes personalísimos<sup>64</sup>.

4. Las competencias institucionales siempre deben estar dirigidas a una unión positiva entre personas, esto es, a una porción de mundo en común, puesto que el marco negativo ya está plenamente cubierto por la competencia en virtud de una organización, se trata pues de adicionar a las relaciones negativas que determinan la identidad de una

<sup>57</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general.*, cit., 25/46, haciendo mención expresa a los testigos como personas obligadas, integradas en una institución positiva.

<sup>58</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general.*, cit., 21/116, y 29/106. Para JAKOBS, en estos casos la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesorio, [...] y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión: la distinción entre acción y omisión pierde pues su sentido; JAKOBS, "La omisión: estado de la cuestión", cit., p. 143, manifiesta que carece de trascendencia si el deber de edificar un mundo en común se concreta en el mandato de ayudar activamente o en la prohibición de desbaratar las condiciones de un mundo en común. En el mismo sentido, vid. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 70. Ampliamente sobre la irrelevancia de la distinción técnica entre un mandato o una prohibición, vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 65 y ss., y pp. 107 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 42.

<sup>60</sup> Vid., en desarrollo de la idea, LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 69 y p. 109.

<sup>61</sup> Vid., sobre ello, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general.*, cit., 25/47.

<sup>62</sup> Vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 55.

<sup>63</sup> Cfr., LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, cit., p. 70.

<sup>64</sup> Vid., SESSANO GOENAGA "El delito de incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación...", cit., pp. 283 y ss.

sociedad, las positivas que sean irrenunciables<sup>65</sup>. La responsabilidad en estos casos se basa en que la Sociedad considera determinadas instituciones de tal peso, que al ciudadano que se encuentra inmerso en ellas (como un testigo llamado ante una Comisión de encuesta parlamentaria) se le exige una protección directa del bien jurídico, independientemente de cómo se haya organizado<sup>66</sup>.

Las relaciones existentes en una sociedad no son todas reconducibles, ni pueden entenderse tan sólo desde la estructura conceptual de una institución negativa como el *neminem laedere*; las relaciones entre personas - afortunadamente - no se agotan en un simple "no-dañar al otro". Muy por el contrario, y como expone SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, hay otras instituciones que no son negativas, sino precisamente positivas, y que también requieren ser atendidas por el Derecho penal<sup>67</sup>. En sociedad no sólo se garantiza que los distintos círculos de organización de las personas no interfieran entre sí de manera lesiva, sino que en ocasiones, y en palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, debe ser garantizado un "ayudarse" y proporcionarse "bienestar" (Pufendorf), pues nos hallamos ante un deber positivo<sup>68</sup>. Ya no se trata en estos casos del rol general de persona, sino del de persona en cumplimiento de un rol especial<sup>69</sup> y más específico, un rol configurado por una serie de especiales deberes positivos derivados de una institución que no es la de "no-dañar". El código jurídico opera con estos roles - y sus correspondientes expectativas - y en consonancia con ellos se lleva a cabo la transformación de los datos del mundo exterior.

La pregunta que uno se empieza a plantear es: ¿Qué son, y cuáles son las instituciones positivas? Y ante tal pregunta, aquí se va dar una respuesta tan sólo parcial. Y será parcial en la medida en que lo dicho sobre la responsabilidad institucional y los delitos de infracción de deber, ha sido desarrollado en este estudio, con el objeto exclusivo de buscar una explicación satisfactoria a la existencia de unos especiales deberes derivados de una *institución estatal*, como son el Parlamento y sus Comisiones de investigación.

5. En este orden de consideraciones, ROXIN<sup>70</sup>, alude a que en los delitos de infracción de deber se trata de *sectores de la vida conformados ya jurídicamente* (en nuestro caso la relación entre un testigo-compareciente/y una Comisión de investigación; y la propia Comisión de investigación), *cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida*. Posteriormente, JAKOBS<sup>71</sup>, desarrolla la idea de que los estatus especiales

<sup>65</sup> Vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 53; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., p. 55, apunta que todo lo referido al bien jurídico que protege la institución es, *per se*, de la incumbencia del obligado especial, y conduce a la autoría.

<sup>67</sup> Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 95, en especial, pp. 93 y ss., sobre las instituciones positivas.

<sup>68</sup> Cfr SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit.*, pp. 100-101.

<sup>69</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit.*, p. 101, alude a los roles de padre/madre, tutor, administrador, policía, juez, cargo público, etc.

<sup>70</sup> Vid., ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., pp. 44-45.

<sup>71</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 7/70, 28/15 y 29/57 y ss. Sobre el desarrollo llevado a cabo por JAKOBS, de la construcción dogmática de ROXIN de los delitos de infracción de deber, extensamente,



están estrechamente vinculados a contextos regulados y preformados, que él denomina *instituciones*.

JAKOBS entiende por institución, en el sentido de las Ciencias Sociales: "La forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta"<sup>72</sup>. Las instituciones, son, según esta definición, estructuras relacionales, constitutivas y características de una determinada sociedad, no disponibles en su propia configuración para las personas.

Tomo como punto de partida tal concepto de institución, pero estimo más correcto definirlo, de la siguiente forma: Una *institución* es un complejo de integraciones (o relaciones de *status*, pues no hay roles sin los correspondientes *status* y viceversa) de rol institucionalizadas, que tiene significación estructural en el sistema social en cuestión. Hay que considerar que *la institución* es una unidad del sistema social, de orden más alto que el rol, y ciertamente se constituye por una pluralidad de pautas de rol independientes o componentes de ella<sup>73</sup>. Una institución, por otra parte es un complejo de elementos pautados como expectativas de rol que puede aplicarse a un número indefinido de colectividades<sup>74</sup>. Este complejo de integraciones, y de elementos pautados de *status* y de *roles* (atribuidos por medio de la imposición de especiales deberes), y de las correspondientes expectativas, puede ser, en determinadas ocasiones considerado como una institución positiva. Instituciones positivas como realidades previas ya conformadas, en el interior de las cuáles los actores tienen *status* especiales, como juez, como policía, o como testigo llamado a comparecer ante una Comisión de investigación.

Se trataría según JAKOBS, de instituciones que poseen para la estabilidad social, la misma significación que la relación sinalagmática organización/responsabilidad por las consecuencias de esa organización, esto es, instituciones que impregnan la configuración social como una convivencia en un mundo en común, y para las cuáles - por regla general - no existe alternativa<sup>75</sup> y son irrenunciables<sup>76</sup>. Como razona SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES<sup>77</sup> describiendo las aportaciones de JAKOBS: Estas instituciones tienen un contenido positivo, a saber, el mandato de edificar de forma general o parcialmente un mundo en común, lo que sobre todo significa que el contenido de la institución reside también en la prestación de ayuda, ayuda que no sólo compensa los perjuicios que ha ocasionado o va a ocasionar quien tiene que prestar la ayuda, sino que

vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. JAKOBS, *Ob. cit.*, 29/58, en nota 114.

<sup>73</sup> Vid. PARSONS, *El sistema social*, Jiménez Blanco/Cazorla Pérez (trads.), Madrid, 1966, p. 57, quien alude como *instituciones* a la propiedad, el matrimonio y el parentesco, por ejemplo.

<sup>74</sup> PARSONS, *El sistema social*, cit., p. 57.

<sup>75</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/58; y la explicación que sobre ello aporta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 40 y ss.

<sup>76</sup> Vid., JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 53; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76.

<sup>77</sup> Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit.*, pp. 40-41.

colocan al receptor de la ayuda en mejor posición<sup>78</sup>. Como puede apreciarse, y esto hay que admitirlo, el concepto de institución en general, y el de institución positiva son elementos teóricos, que resultan ser altamente abstractos.

En un principio<sup>79</sup>, JAKOBS enumera<sup>80</sup>, de entre las posibles instituciones positivas: la relación paterno-filial<sup>81</sup> y sus sustitutos<sup>82</sup>, el matrimonio<sup>83</sup>, la confianza especial<sup>84</sup>, así como los deberes genuinamente estatales<sup>85</sup>. Posteriormente suprime del elenco la institución del matrimonio<sup>86</sup>.

Como se ha advertido con anterioridad, en este estudio, me limito a trasladar lo dicho sobre la responsabilidad en virtud de una relación institucional, a los deberes especiales derivados de instituciones estatales; todo lo afirmado en páginas anteriores viene circunscrito al ámbito de deberes especiales en relación con una institución estatal como lo es una Comisión de investigación (que a su vez puede ser subsumida en otra institución estatal/autonómica denominada Parlamento). Los deberes sancionados penalmente de "comparecencia" y de "veracidad" ante una Comisión de encuesta parlamentaria, *integran a un obligado en una institución positiva*<sup>87</sup>; al ser requerido para comparecer y prestar testimonio veraz, el compareciente adquiere un especial *status*, del que derivan especiales deberes y especiales expectativas atribuidas a su rol<sup>88</sup>. La institución integra y delega en el ciudadano: se produce una transferencia que coloca al testigo requerido para comparecer y ser veraz, en una especial posición de garantía respecto de la protección y fomento del bien, de la institución positiva y de su correcto funcionamiento. El rol de testigo, que viene definido por un haz de deberes (y derechos), coloca al autor en posición de garante del correcto funcionamiento y por tanto de la existencia misma de la institución a la que se halla vinculado.

<sup>78</sup> Cfr. JAKOBS, "Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten", en *Hogakn (The Journal of Law and Political Science)*, vol. LVII, n. 3, 1993, pp. 295 y ss; tomo la cita de Sánchez-Vera, *Delito de infracción de deber...*, p. 41, quien a su vez utiliza el manuscrito de Jakobs, y de ahí cita la p. 3.

<sup>79</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/58 y ss. Sobre las instituciones positivas, y siguiendo a Jakobs, vid., BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 408 y ss.

<sup>80</sup> Ampliamente, vid., la última enumeración de las instituciones positivas (con relevancia penal) realizada por el profesor de Bonn, en JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Cancio Meliá/Feijóo Sánchez (trads.), Madrid, 2003, pp. 123 y ss.

<sup>81</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/59 y ss; y JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 56 y ss; BACIGALUPO, *Ob. cit.*, p. 409.

<sup>82</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/66.

<sup>83</sup> Vid., JAKOBS, *Ob. cit.*, 29/63 y ss.

<sup>84</sup> Vid., JAKOBS, *Ob. cit.*, 29/67 y ss; y JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 56 y ss; BACIGALUPO, *Ob. cit.*, p. 409.

<sup>85</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/74 y ss; y JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., pp. 53 y ss; BACIGALUPO, *Ob. cit.*, p. 410.

<sup>86</sup> Fundamentalmente vid., JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., pp. 123-130; y JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, pp. 49 y ss; Vid., también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 41. En el elenco establecido por el autor en el año 2003, en JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, cit., p. 128, JAKOBS argumenta que no es de modo específico el matrimonio lo que genera un deber positivo de cuidados mutuos, sino de manera general la especial confianza que aparece cuando una persona acepta desempeñar un papel que determina la forma necesaria de la sociedad.

<sup>87</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 25/46.

<sup>88</sup> Vid., SESSANO GOENAGA "El delito de incomparecencia ante Comisiones parlamentarias de investigación...", cit., pp. 283 y ss.

Queda delimitado su ámbito de competencia, y esa competencia, o mejor dicho, la infracción de los deberes especiales, es lo que fundamenta la responsabilidad. Los deberes de comparecencia y de veracidad le son adjudicados al autor como consecuencia del *status* que se le atribuye dentro de la institución "Comisión de investigación". En el rol y en el concepto de deber se configuran mandatos y prohibiciones: el mandato de comparecencia y la prohibición de la incomparecencia, el mandato de veracidad y la prohibición de la falta de veracidad, siendo irrelevante su distinción.

El Estado se define a través de aquellas prestaciones que ha de llevar a cabo irrenunciablemente, entre las que se encuentran los principios básicos del Estado de Derecho. Las estructuras de las instituciones estatales elementales también necesitan ser garantizadas<sup>89</sup>; de lo contrario, el Estado no tendría estructura alguna, no pudiendo contribuir en nada a realizar el aseguramiento de expectativas<sup>90</sup>. Como se ha dicho, no todas las funciones estatales deben ser garantizadas, sino tan sólo aquellas que se presenten como irrenunciables<sup>91</sup>. También BARATTA, se ha pronunciado sobre la posibilidad de que las instituciones sean objeto de tutela penal, pero únicamente en caso de que éstas no sean consideradas como un fin en sí mismas, o en función de la autorreproducción del sistema social, sino como reflejo de las necesidades reales de las personas<sup>92</sup>. La pregunta que se plantea en este ámbito es la siguiente: ¿Es una Comisión de investigación Parlamentaria una función/institución estatal irrenunciable que debe ser garantizada desde el ámbito penal?

Para dar respuesta a semejante cuestión, cuestión de política criminal, y que debería ser trasladada a aquellas ciencias que se ocupan de las instituciones básicas del Estado, no voy a aportar elementos subjetivos, sino tan sólo dos elementos objetivos que pueden ser indicativos de la importancia de las Comisiones de encuesta parlamentarias. Aunque desde luego no determinan matemáticamente<sup>93</sup> la necesidad de una tutela

<sup>89</sup> Aunque también hay quien piensa que los órganos que actúan en los distintos niveles de organización de justicia penal (legislador, policía, ministerio fiscal, jueces, órganos de ejecución) no presentan ni tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad. [...] Y que en un nivel más alto de abstracción, el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos, cfr. BARATTA, "Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los Derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina penal*, p. 625.

<sup>90</sup> Cfr., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76.

<sup>91</sup> Vid., JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., 29/76, quien estima que el hecho de que este marco sea impreciso proporciona ciertamente un motivo para recortar aún más lo irrenunciable, pero no para renunciar en absoluto a la garantía de la prestación de las instituciones estatales; no puede discutirse *que* el Estado tenga una estructura, sino *cuál* es ésta en los supuestos límite. También ha observado SGUBBI, *Responsabilità penal per omesso impedimento dell' evento*, cit., pp. 22-23, que si bien la regla general era la de "no injerencia sustancial" entre posiciones jurídicas, el sistema burgués reconoce determinados *valores*, que requieren una total e incondicionada adhesión por parte del consociado; valores que, aunque están ocultos bajo la figura del "derecho subjetivo del Estado hacia el individuo", acaban por incidir *sustancialmente* en la esfera privada del individuo; la tutela de dichos valores, prevista por ley, puede llegar a exigir de éstos incluso una intervención positiva. [...] Se trataría pues, de una relación sustancialmente estrecha entre Estado y ciudadano: de una excepción al la regla de fondo. Para SGUBBI, éste fenómeno puede encontrar una justificación válida: que tales valores sean de tal dignidad que puedan considerarse como coesenciales para la existencia misma de la sociedad y el Estado (p. 23).

<sup>92</sup> Cfr. BARATTA, "Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los Derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", cit., p. 623, y en nota 1.

<sup>93</sup> KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas, (fundamentos de la dogmática penal moderna)*, Bacigalu-po/Garzón Valdés (trads.), Buenos Aires, 1977, p. VIII, observa que: "la búsqueda del contenido recto del derecho

penal.

El primero es sencillo, éstas se contemplan en la Constitución española, en el artículo 76, y en el punto segundo de dicho artículo se establece expresamente: "Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones"<sup>94</sup> que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación". Tenemos por tanto un primer referente objetivo incuestionable, que es su relevancia constitucional. Se trata, al menos en el caso del deber positivo de comparecencia, de un deber jurídico de rango constitucional; que aparece como un elemento pautado, como expectativa, y formando parte de una institución positiva "Comisión de investigación" que también ostenta rango constitucional.

El segundo es la existencia en el Derecho comparado de nuestro entorno cercano<sup>95</sup>, tanto de Comisiones de investigación como de previsión penal para la incomparecencia y el falso testimonio ante tales estructuras. Lo que implicaría que semejantes estructuras estatales son comunes y serían irrenunciables en las democracias modernas, o en la configuración de los principios de los Estados democráticos.

Ante tal situación real y objetiva, se abren dos posibilidades que ya entran en la esfera de los juicios axiológicos o valorativos. La primera consiste en negar la irrenun-

pertenece al ámbito de la axiología; y que es una tarea de la filosofía del derecho en sentido estricto. Aquí la cuestión se refiere a la existencia de valores o de relaciones valorativas – éste es el verdadero interés de la axiología – para luego inferir de allí el objetivo de la regulación jurídica; la inferencia teleológica se realiza a partir de los datos axiológicos". Así, por ejemplo, la cuestión de saber si la colaboración con las Comisiones de investigación y la veracidad de los testimonios deben ser valorados positivamente, protegidos y estimulados, y la incomparecencia y la falta de veracidad desaprobados y penados, ha de buscar respuesta en este campo.

<sup>94</sup> Aunque esto no implica que el mandato expreso de sanción dirigido por la Constitución al legislador, deba entenderse como un mandato de sanción penal. Sobre los mandatos constitucionales de penalización, vid., PULITANÓ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", en *RIDPP*, 1983, pp. 495 y ss; BRICOLA, "Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela", en *Scritti di Diritto penale*, vol. I, tomo 2, Canestrari/Melchonda (Dirs.), Milano, 1997, pp. 1486 y ss; MORALES PRATS, "Funciones del Derecho penal y sociedad civil", en, *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convenio in ricordo di F. Bricola* (Bologna, 18-20 maggio 1995), Canestrari (Dir.), Torino, 1998, pp. 61-62; SANTANA VEGA, "Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente", en *El Nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (Coords.), Elcano (Navarra), 2001, pp. 865 y ss.

<sup>95</sup> Así, por ejemplo, el artículo 82 de la Constitución italiana, reconoce a las Comisiones de *inchiesta* los mismos poderes y las mismas limitaciones que a la autoridad judicial para realizar la investigación. Como en Italia las comisiones de encuesta se instituyen mediante una ley especial, es en las leyes que las constituyen el lugar en que se contemplan los poderes y las sanciones penales, así, por ejemplo, en la Legge 1º ottobre 1996, n. 509 "Istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e delle altre associazioni criminali similari", en su artículo 1 se recuerda que tiene los mismos poderes que la autoridad judicial, y en su artículo 3 dedicado a las "Audizioni e testimonianze", dispone que serán de aplicación los artículos 366 y 372 del Código penal italiano, que regulan la desobediencia y el falso testimonio; en la misma línea pueden verse también los artículos 16, 17, 18, y 19 del Reglamento interno de dicha Comisión (Approvato dalla Commissione nelle sedute del 25 febbraio e dell' 11 marzo 1997. Modificato nella seduta del 20 gennaio 1998). La documentación citada está disponible en internet en: <http://www.camera.it/bicamerale/antimafia/legge.htm> y en: <http://www.camera.it/bicamerale/antimafia/regole.htm>

En cuanto a la realidad normativa en Francia, es de aplicación la "Ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958. Ordonnance relative au fonctionnement des assemblées parlementaires", en su artículo 6, modificado por "Loi 2001-420, 15 mai, art. 17, JORF 16 mai 2001", y por la "Ordonnance 2000-916, 19 septembre 2000, art. 3 JORF 22 septembre 2000, en vigueur le premier janvier 2002", y en el párrafo III de dicho artículo 6, dispone sanciones penales por incomparecencia, por negativa a declarar y por falso testimonio. La documentación citada está disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPFAJ.htm> y también en: <http://www.assemblee-nat.fr/connaissance/ordonnance-fonctionnement.asp>

ciabilidad de dichas estructuras y por tanto negar la legitimidad del recurso a los deberes y sanciones jurídico-penales para regular su correcto funcionamiento. La segunda es la contraria, y se fundaría en los datos objetivos anteriormente aportados. El legislador penal<sup>96</sup> ha optado por la segunda, por considerar a las Comisión de investigación como instituciones positivas necesitadas de tutela penal en el ejercicio de sus funciones democráticas.

6. En los delitos de falso testimonio e incomparecencia ante Comisiones de encuesta parlamentarias, estamos ante lo que podría denominarse "delitos de infracción de deber positivados"<sup>97</sup>, y que frente la crítica de la abstracción, no resultarían problemáticos. Son los casos, como en el deber de veracidad y el deber de comparecencia, en que el legislador ha recogido de forma clara un delito de infracción de deber (por eso los denomina SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: delitos de infracción de deber "positivados"). Los deberes de veracidad y comparecencia derivan expresamente del texto de la ley. Y la lesión del deber fundamentará la autoría.

De nuevo insisto en que la validez de las afirmaciones realizadas en este trabajo las limito a los deberes derivados de instituciones positivas estatales y que además entren en la categoría de "delitos de infracción de deberes positivados", como es el caso del artículo 502 del Código penal. Por ello, en principio, no es el objeto de este estudio extender la validez de tales construcciones dogmáticas, a otros supuestos.

El concepto de instituciones positivas utilizado por JAKOBS, ha sido criticado, desde dos ángulos distintos<sup>98</sup>. Así SCHÜNEMANN, expresa que: "En tanto que JAKOBS se refiere, en el ámbito de las instituciones, a reglas jurídicas que no son jurídico-penales, sino sobre todo de Derecho civil, se expone a una crítica doble, tanto en el plano metodológico, como de contenido. El hecho de tener que recurrir a reglas de Derecho civil sobre los derechos y deberes de los padres o tutores, muestra claramente que Jakobs debe buscar la vía para rellenar sus fórmulas vacías en el positivismo legal, intentando recurrir a otros campos del derecho porque el Derecho penal no puede dar respuesta"<sup>99</sup>.

Ante esta primera crítica, debo decir, que no alcanza al supuesto aquí estudiado, en el que los deberes de comparecencia y veracidad, incluso cuando pudieran ser derivados de normas *extrapenales* como el propio texto constitucional, Leyes orgánicas sobre

<sup>96</sup> Como expone TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), 2ª ed., Pamplona, 1999, p. 1436, el Código anterior había sido objeto de críticas por el hecho de proteger más los órganos ejecutivos que los de carácter legislativo, lo cual respondía a una mentalidad autoritaria afortunadamente ya superada. Frente a ello, se han ampliado los ataques típicos contra el Parlamento y se han corregido los marcos penales en consonancia con un sistema constitucional de tipo parlamentario.

<sup>97</sup> Vid., sobre tal denominación, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 45, p. 49, y p. 183.

<sup>98</sup> La lesión de una institución positiva como fundamento de responsabilidad es un razonamiento que ha sido criticado por GALLAS, vid., en detalle, las críticas y las defensas en PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, cit., pp. 90 y ss., tratando el tema de una supuesta moralización del Derecho penal. Aunque pienso que las críticas no alcanzan a afectar a los especiales deberes derivados de una vinculación a una institución estatal.

<sup>99</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", cit., pp. 650-651.

la comparecencia de personas ante las Comisiones de investigación (LO 5/1984, de 24 de mayo), Reglamentos de las Cámaras, Estatutos de Autonomía, Resoluciones de Presidencia, etc., están expresamente contemplados en el Código penal en el artículo 502, y por tanto no hay que recurrir para la demostración de su existencia a reglas de Derecho civil, u otras ramas del derecho. Se trata como hemos venido afirmando, de delitos de infracción de deber "positivados".

Si las críticas de SCHÜNEMANN no parecen fundadas en el caso de deberes especiales tipificados expresamente en el Código penal, entonces para explicar estos supuestos, debería ser lícito recurrir a los conceptos de "institución positiva", "infracción de deber", y de "responsabilidad o competencia institucional".

Ahora bien, si las críticas de SCHÜNEMANN se dirigieran al concepto de institución positiva en sí misma considerada, también pueden evitarse, pues no cabe duda de que un Parlamento y sus Comisiones de investigación son *instituciones estatales positivas*<sup>100</sup>. Y si por último la crítica de SCHÜNEMANN se refiriese a la utilización dogmática de una estructura formada por especiales deberes jurídico-penales en el ámbito de una institución (en nuestro caso estatal y positiva); cabe contestar lo siguiente: hemos aceptado que los deberes jurídicos y los deberes jurídico-penales<sup>101</sup> existen (¿Pues que otra cosa son el deber de veracidad y el deber de comparecencia contenidos en el artículo 502 del Código penal?), luego si existen o si se admite su existencia teórica, no sólo es válido, sino que resulta necesario utilizarlos como material dogmático e interpretativo. Y exactamente lo mismo cabe decir en cuanto a las instituciones positivas estatales. ¿O es que acaso se pretende negar la existencia de una institución estatal necesitada de colaboración para su funcionamiento, como lo es una Comisión de encuesta parlamentaria? Lo que se intuye como objeto de crítica es entonces, la utilización y *combinación* teórica para la interpretación dogmática de *ambos conceptos*, el de

<sup>100</sup> Como expone JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 12, las prestaciones estatales de protección, como instituciones positivas no han podido ser, hasta el momento, sustituidas.

<sup>101</sup> Es incuestionable, por ser una realidad jurídica sin marcas, no sometida a juicios de verdad o falsedad, la existencia normativa de *deberes* cuya infracción implica una sanción específicamente penal, sólo hay que observar el *nomen iuris* del Título IX del Código penal "De la omisión del *deber* de socorro", o el de la sección 1ª ("Del quebrantamiento de los *deberes* de custodia...") del Capítulo III ("De los delitos contra los derechos y los *deberes* familiares) del Título XII; o el del Capítulo II ("...de la omisión del *deber* de perseguir delitos...") del Título XIX; o del Capítulo II ("De la omisión de los *deberes* de impedir delitos...") del Título. XX. Desde esta realidad del derecho positivo penal vigente no puede negarse de *lege lata*, la existencia de delitos consistentes en la infracción de deber.

Dicho de otro modo, aceptar la existencia de *lege lata* de delitos consistentes en la infracción de deber (ya que no queda otra alternativa puesto que el legislador penal, como se acaba de demostrar, los contempla *expresamente*), y negar acto seguido la validez de unas construcciones (no la validez de sus conclusiones que siempre podrán ser discutibles) dogmáticas destinadas a su análisis, llamadas "delitos de infracción de deber", supone trasladarse a un plano donde queda excluida, de antemano, cualquier posibilidad de discusión y de argumentación racional. La posición es insostenible porque no se puede negar la existencia de los "delitos de infracción de deber", oponiéndose a una realidad existente y vigente en el Derecho penal positivo; esto supondría trasladarse a un plano irracional (esto es, no accesible a la argumentación). Una cuestión bien distinta es que se considere de *lege ferenda*, que los delitos de "infracción de deber" no deberían (por ejemplo) existir; pero ese es ya, otro plano discursivo. He tomado para demostrar esta contradicción, algunas consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, quien de manera similar se ha pronunciado respecto de la insostenible postura de aquellos que mantienen abiertamente que es irracional admitir la existencia del libre albedrío, y no obstante se deciden a favor de él, para fundamentar el juicio de culpabilidad, vid. GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?", en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 108 y ss.



deber jurídico y el de institución positiva necesitada de ayuda. Para contestar a esta crítica, antes parece conveniente exponer un segundo bloque de objeciones recibidas por JAKOBS, y unir en una sola la contestación para ambas críticas.

Para MUÑOZ CONDE, la categoría de los "delitos consistentes en la infracción de un deber" puesta de relieve por ROXIN, encierra determinados peligros: "Ciertamente se trata de un procedimiento técnico legislativo del que el intérprete puede extraer determinadas consecuencias dogmáticas, al modo que lo hace Roxin; pero un tal procedimiento encierra el peligro de que se atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*. Pues si estos deberes sociales, que sirven de base a este grupo de delitos, no están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez o intérprete a su libre arbitrio"<sup>102</sup>.

Ante todo, de las palabras de MUÑOZ CONDE, se desprende un dato que puede volverse contra su propia argumentación, y es que el autor admite textualmente que "se trata de un procedimiento técnico legislativo", luego está admitiendo que tal tipo de delitos no son una invención ni una creación dogmática, sino que su estructura se observa en la realidad normativa, esto es, MUÑOZ CONDE, reconoce que mediante determinada técnica, es el legislador el que ha creado, utilizando unas estructuras características, los delitos de infracción de deber. De ello se deduce, lógicamente que no se niega su existencia (pues ¿cómo negar la realidad?). Luego MUÑOZ CONDE, al observar la realidad normativa jurídico-penal vigente, ha concluido que tales delitos existen, y son reveladores de una especial técnica legislativa. Tenemos con ello una primera e importante conclusión: según MUÑOZ CONDE, los delitos de infracción de deber existen. Y eso es precisamente lo que se pretendía en este estudio, demostrar que existen unos tipos penales con una características determinadas y que se basan en especiales deberes de los autores. El propio MUÑOZ CONDE, pues, se ve empujado a asumir una realidad jurídico-penal: la existencia (ya que han sido creados por el legislador) de figuras delictivas consistentes fundamentalmente en la infracción de un deber positivo.

En segundo lugar, a MUÑOZ CONDE le preocupa que los deberes sociales no estén descritos legalmente, y ése no es el supuesto del artículo 502 en que se contempla un deber de comparecencia y un deber de veracidad. Luego, parece deducirse, que si los deberes están contenidos en un tipo penal, no habría problema para considerar esa construcción legislativa como un delito de infracción de deber. Pero la crítica fundamental que se dirige a los delitos de infracción de deber es su abstracción<sup>103</sup>. De tales críticas se ha defendido ya SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, afirmando que esas opiniones parten de una concepción de la dogmática jurídico-penal que cree, al menos atendiendo al reproche efectuado, que el Derecho penal debe operar siempre con exactitud matemática, y que hay que renunciar a conceptos sistemáticos con un

<sup>102</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, "Introducción" al libro de ROXIN *Política criminal y sistema de Derecho penal*, cit., p. 11; la misma apreciación la realiza el autor en *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 25.

<sup>103</sup> Se hace eco de dichas críticas, y enumera una relación de autores, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 102 en nota 60.

cierto nivel de abstracción<sup>104</sup>. A ello añade SÁNCHEZ-VERA, que en todo caso, la concepción que cree en la exactitud, no es, ni mucho menos, consecuente consigo misma, pues si las instituciones positivas son censurables por su grado de abstracción e imprecisión, lo mismo habría que decir de la institución negativa, aunque de ella no se prediquen habitualmente tales "defectos"<sup>105</sup>. De las instituciones positivas puede discutirse acerca de los límites, utilizando desde las distintas perspectivas argumentos plausibles, como en general, no debe esperarse una exactitud matemática en la descripción de la configuración social<sup>106</sup>. De hecho, coincido con SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES<sup>107</sup>, cuando afirma, con razón, que lo que hay que censurar no es el "alto grado de abstracción" de las instituciones positivas, sino, simplemente, la desatención con que éstas han sido tratadas por la doctrina científica hasta ahora.

En realidad nos encontramos situados en el medio de una discusión sobre criterios de interpretación jurídica, en la que se viene a cuestionar la validez de determinadas construcciones dogmáticas por su excesiva abstracción, y se viene a preferir, por lo que deduzco, el texto de la ley. Ante estas críticas puede razonarse que, la base para la interpretación es el texto jurídico que debe ser interpretado, hasta ahí en principio no hay discrepancias. Pero sin embargo, el texto no puede ser tan sólo algo corpóreo, hecho de palabras y signos colocados sobre el papel, con los cuales, aquél que juzga debe, ante la ausencia de toda relación con el mismo, establecer una relación<sup>108</sup>. El intérprete, antes de iniciar el recorrido de la interpretación que lo conduzca a su objetivo, debe haber entendido ya el sentido del texto jurídico que debe interpretar<sup>109</sup>, aunque sea de un modo fragmentario; de lo contrario, afirma HRUSCHKA, no tendría posibilidad alguna de empezar siquiera con la interpretación. El simple reenvío a "la ley"<sup>110</sup> como punto de partida utilizado por descontado para realizar cualquier interpretación, no es pues suficiente<sup>111</sup>. Y de nuevo aquí aparece la validez de determinadas construcciones dogmáticas, como los delitos de infracción de deber, que faciliten la comprensión de los textos, para posteriormente poder proceder a su interpretación.

7. La tarea del jurista es la de comprender los textos jurídicos, los textos legislativos. Dicha comprensión es condición necesaria para la eficacia práctica de esos textos.

<sup>104</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit.*, p. 102, exponiendo que su concepción comparte con la sociedad, en sus casos límite - conscientemente - contornos difusos, porque entiende que no puede ser de otra manera. Muy próximo JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 12, observando que quien no soporte las tensiones que genera lo ambivalente, debería ocuparse, por ejemplo, del Derecho de la circulación - en el que casi sólo hay límites estrictos - y no meterse en la teoría del Derecho penal.

<sup>105</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 102.

<sup>106</sup> Vid., JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 12.

<sup>107</sup> Cfr., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Ob. cit.*, p. 103, vid., ampliamente, pp. 103 y ss.

<sup>108</sup> Vid., sobre ello, HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, De Giorgi (trad.), Camerino, 1983, p. 87.

<sup>109</sup> También los individuos que deben no ya aplicar, sino obedecer al derecho, manteniendo aquel comportamiento con el que se evita la sanción, deben comprender las normas que deben obedecer y por tanto deben aprehender su significado, cfr., Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, M. G. Losano (trad.), Torino, 1966, p. 381.

<sup>110</sup> Como afirma Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 383, el significado lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que debe aplicar la norma tiene que enfrentarse a una multiplicidad de significados.

<sup>111</sup> Vid., HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 87, exponiendo que el punto de partida de toda labor interpretativa es, más bien, una ley "ya entendida".

De hecho, sólo en cuanto que son comprendidos son "aplicables"<sup>112</sup>. Si no se obtiene el sentido de un texto mediante la comprensión, entonces será tan sólo un compendio de letras muertas sobre el papel<sup>113</sup>. Por ello las construcciones dogmáticas tienen por objeto facilitar la comprensión de los textos jurídicos, no impedirla. Y por tanto las categorías como "delitos de infracción de deber", "deberes especiales derivados de especiales *status/roles*", o "instituciones positivas", pretenden cumplir con la tarea de adecuar las estructuras dogmáticas a la realidad<sup>114</sup>. Evidentemente, puede que no lo consigan o que lleguen a conclusiones contradictorias, se puede negar tanto su existencia como su validez dogmática; ese, y no otro es el mecanismo mediante el cual progresa la dogmática jurídico-penal. Proponiendo nuevas soluciones y rechazando las creaciones no plausibles<sup>115</sup> o no racionales para la interpretación<sup>116</sup> de los textos jurídicos. Las construcciones teóricas de los *status* y los roles especiales, de las instituciones positivas, y de los delitos de infracción de deberes positivos, contribuyen a la aproximación interpretativa de los enunciados legales; ese es su verdadero valor, pues no se puede interpretar el texto de una ley penal si antes no se cuenta con determinados conocimientos. Probablemente ROXIN se está refiriendo a una idea parecida cuando afirma que:

"[...] la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio no es una cuestión lógico-conceptual, sino marcadamente teleológica, relativa en concreto a la interpretación de bs tipos individuales. Precisamente aquí se vuelve a poner de manifiesto el efecto recíproco entre establecimiento de objetivos y elementos estructurales previos [...] Los conceptos de "dominio" y "deber", que aisladamente considerados muestran un carácter más o menos normativo, se presentan frente a los respectivos tipos como datos previos de estructura definida, entre los que bien es cierto que el legislador elige según sus intenciones [...]"<sup>117</sup>

En una aproximación a la realidad social y a la realidad de los textos legales jurídico-penales vigentes, la posición aquí defendida llega a la siguiente conclusión: existen

<sup>112</sup> Cfr., HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 3, quien advierte que, sólo si son comprendidos pueden hacer posible los juicios jurídicos sobre casos concretos, y sólo si son comprendidos pueden orientar el comportamiento de las personas.

<sup>113</sup> Cfr., HRUSCHKA, *Ob. cit., loc. cit.*

<sup>114</sup> En palabras de Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 389: "La interpretación según la ciencia del derecho, debe evitar con el máximo cuidado posible la ficción según la cual la norma jurídica admite siempre sólo una interpretación "exacta" (*richtig*). De esta ficción se ha venido sirviendo la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la certeza del derecho. [...] No debe negarse que esta ficción de la univocidad de las normas jurídicas puede presentar grandes ventajas, desde cualquier punto de vista político desde el que se las considere. Pero ninguna ventaja política puede justificar que se haga uso de esta ficción en una descripción científica del derecho positivo, proclamando como única interpretación "exacta" (*richtig*) desde un punto de vista objetivamente científico una interpretación que, desde un punto de vista político-subjetivo, es preferible a otra interpretación igualmente posible desde un punto de vista lógico. De este modo se presentaría como verdad científica aquello que simplemente es un juicio de valor político."

<sup>115</sup> Vid., sobre el control racional de los enunciados de la dogmática, ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 162 y ss., y pp. 174 y ss; y sobre la evolución de la dogmática basada en criterios de "falsación", vid., p. 165.

<sup>116</sup> Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 385, razona que, todos los métodos interpretativos adoptados hasta ahora conducen siempre y solamente a un resultado posible, pero nunca al único exacto.

<sup>117</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 419.

dos meta-estructuras conceptuales mediante las cuales puede separarse la responsabilidad penal, o la manera de estar relacionado con el bien jurídico, en dos grandes bloques. Dichas meta-estructuras no es que estén en la "naturaleza de las cosas", sino que se infieren, mediante observación, de la realidad social actual y de la realidad normativa penal vigente<sup>118</sup>.

En primer lugar, a las personas se les puede imputar un determinado tipo de delitos, por haber modificado el mundo (desde su propio ámbito de organización) de forma inadecuada, esto es causando un daño en otro círculo organizativo; ejemplos de tales tipos delictivos son, entre otros muchos: el delito de homicidio, el de lesiones, el delito de daños, etc. En tales situaciones un resultado material externo, empírico, y verificable suele darse. Dañar es un concepto teórico, pero que tiene fácil traducción en un plano material mediante la causación externa de un perjuicio a un bien. En el ámbito de los deberes negativos, lo producido es siempre una modificación en el ámbito de organización de *alter*<sup>119</sup>, es decir, una arrogación de organización. La relación con el bien es negativa.

En segundo lugar, a las personas se les puede imputar (porque así lo ha decidido el legislador) un determinado tipo de delitos por no haber modificado el mundo de manera adecuada, por no contribuir a la realización o al mantenimiento de un bien o institución, por haber infringido un deber positivo. Por ejemplo, no realizar unas determinadas conductas, siendo ellas mismas, en sí, valiosas, como comparecer o aportar datos veraces a una Comisión parlamentaria de investigación. En tales casos, lo que exige el ordenamiento es una determinada conducta que contribuye a la creación, al mantenimiento o a la existencia misma de un determinado bien o institución, o en palabras de HEGEL, "la prestación que tiene que realizar [el obligado especial] es, tal como se presenta inmediatamente, un valor en y por sí"<sup>120</sup>. Ejemplos de estos delitos son, entre otros: el delito de omisión del deber de socorro, los delitos contra los deberes

<sup>118</sup> En esta línea, y exponiendo su teoría sobre los delitos de infracción de deber, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 429, afirma lo siguiente: [...] al separar dominio y deber no se inserta en la ley una distinción doctrinaria, derivada de un supraconcepto cualquiera, sino que, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural situada en los tipos concretos, se la elabora depurando las consecuencias divergentes y se la resuelve sistemáticamente mediante subsunción bajo un supraconcepto común. Esto corresponde a la idea general de que el sistema no se le puede imponer desde fuera a la materia de regulación, sino que simplemente tiene la función de ordenar razonablemente los fenómenos concretos dados y hacer destacar las grandes relaciones estructurales subyacentes.

<sup>119</sup> JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit., p. 11, pone el siguiente ejemplo: que alguien azuce a su perro contra alguien, o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ya ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, es todo lo mismo, todo resulta equivalente, se trata de la usurpación de la organización de un cuerpo ajeno. El mismo ejemplo puede verse en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 277, explicando la intrascendencia de la distinción entre acción y omisión, que no son sino las formas externas de la misma defraudación que es asunto de la persona que debe organizarse. El ejemplo es el que sigue: Al propietario de un perro le está *prohibido* no sólo azuzarlo contra terceros, sino que además debe atarlo cuando el perro - por sí sólo - amenaza con morder a los transeúntes. *En ambas ocasiones se trata de no quebrantar la prohibición de dañar y de respetar la "obligación originaria" de toda persona*. Cómo la persona concreta logre cumplir con el deber de respeto a las otras personas es irrelevante.[...] Únicamente importa el *output* del sistema, la manifestación exterior, el daño o no.

<sup>120</sup> Cfr., HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, Vermal (trad.), 2ª ed., Barcelona, 1999, § 294 (Observación).

familiares, el delito de omisión del deber de impedir delitos, la falta del artículo 619 de omisión de asistencia a mayores o discapacitados, la denegación de asistencia sanitaria del artículo 196, la denegación de auxilio del artículo 412, el delito de omisión del deber de perseguir delitos, o la incomparecencia y el falso testimonio ante Comisiones de investigación parlamentarias. En estos supuestos se pretende garantizar jurídicamente la expectativa de ayuda positiva, y aparece con vigor un concepto de deber y de expectativa, un especial deber de garantía del bien jurídico, derivado de un determinado *status especial*, del cual, a su vez, derivan especiales expectativas, que integran y vinculan al obligado en la institución. No se castiga por haber causado un daño, sino fundamentalmente, por no haber colaborado, por no haber aportado la conducta positiva y benefactora exigida y esperada, por no haber contribuido solidariamente a la realización de la institución. Ello implicará, la utilización de un esquema de interpretación determinado normativamente. La relación con el bien, con la institución, es en este caso positiva.

Existe una evidente fractura conceptual entre ambos criterios, y ello demuestra que el Derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma *negativa*, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones *positivas* y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber<sup>121</sup>. Los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio), y como afirma JAKOBS<sup>122</sup>: para la determinación de la infracción del deber la diferenciación entre un hacer o un omitir es más bien marginal.

<sup>121</sup> Vid., sobre ello, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 101.

<sup>122</sup> Cfr., JAKOBS, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", p. 20.